



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia
de la República.

LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Autora: Jéssica Nataly Delgado Ochoa

Director. Abg. Guillermo Ochoa Rodríguez

CUENCA, ECUADOR.

2019

DEDICATORIA

A mis padres, por inculcarme valores y enseñarme que cada persona forja su propio destino, con errores o tropiezos, pero siempre con un objetivo de vida, por ser mis mejores maestros, mi ejemplo a seguir, y sobre todo por ser la fuente de inspiración de todos mis logros.

A mis hermanos, por demostrarme con su ejemplo que no hay obstáculos insuperables.

A mis eternas amigas, hermanas y compañeras de vida, con las que he compartido este y muchos sueños más.

Y a mi amigo incondicional, mi Pepe Lucho, que sin saberlo acompañó cada paso de mi formación, estando junto a mí durante las largas y frías noches de estudio.

Jéssica Delgado Ochoa.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer, el gran esfuerzo de mis padres, René Delgado y Sandra Ochoa, para la culminación de esta etapa de mi vida y por ser el motor que me impulsa a siempre buscar algo más.

Y, a la Universidad del Azuay junto con sus docentes, que han permitido que hoy pueda alcanzar este logro profesional, en especial a mi tutor el Abg. Guillermo Ochoa Rodríguez, por sus recomendaciones, por ser mi guía y por brindarme su tiempo sin restricciones durante toda la elaboración de la presente tesis.

Jéssica Delgado Ochoa

TABLA DE CONTENIDOS:

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN:.....	7
CAPITULO I	9
PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS PRINCIPIO DE JURIDICIDAD	9
INTRODUCCIÓN:.....	9
1. POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA FRENTE A LA LEY: RESEÑA HISTÓRICA	11
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ORIGEN Y POSICIONES DOCTRINARIAS.....	15
3. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD: JURIDICIDAD COMO UNA ALTERNATIVA AL LEGALISMO PURO..	17
4. LEGALIDAD O JURIDICIDAD DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL.	20
CONCLUSIONES:.....	22
CAPITULO II	24
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	24
INTRODUCCIÓN:.....	24
1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEY: POTESTADES.....	26
2. LA POTESTAD DISCRECIONAL: NOCIONES.....	28
3. ALANCE Y LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD	30
4. ARBITRARIEDAD VS DISCRECIONALIDAD	32
5. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: TEORÍA ALEMANA	35
CONCLUSIONES.....	37
CAPITULO III	39
LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEGALIDAD O JURIDICIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	39
INTRODUCCIÓN.....	39
1. LEGALIDAD O JURIDICIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.....	41
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O JURIDICIDAD Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA NORMATIVA ECUATORIANA.	44
3. CONTROL A LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL EN EL SISTEMA ECUATORIANO.	46
4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: (ZONAS).....	50
CONCLUSIONES:.....	53
CONCLUSIONES GENERALES:	55
BIBLIOGRAFÍA.....	58

RESUMEN

Ecuador al ser proclamado como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia por la Constitución de la República, ha incorporado nuevas herramientas hermenéuticas que implican una transición de principios dentro del ámbito administrativo, lo que ha dado paso a dos ámbitos complementarios como lo son las garantías de derechos fundamentales y la legitimidad de las actuaciones administrativas mismas que requieren de control, sin embargo, durante mucho tiempo el control de los actos de la administración ha generado un sin número de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, en especial respecto a la potestad discrecional, ámbito en el cual deberán jugar su papel principal los jueces del Contencioso Administrativo, y ejercer control ya sea en base a las facultades regladas, los hechos determinantes, o los principios generales del Derecho, para conectar a las aplicaciones constitucionales con la administración.

ABSTRACT

When Ecuador was proclaimed a Constitutional State of Rights and Justice by the Constitution of the Republic, it incorporated new hermeneutical tools that imply a transition of principles. Within the administrative sphere, this incorporation has given way to two complementary areas: guarantees of fundamental rights and the legitimacy of proceedings. These areas required control, however, for a long time the control of the acts of the administration has generated a number of doctrinal and jurisprudential positions, especially regarding the discretionary power. In this area, the Contentious Administrative judges play a fundamental role to exercise full control based on the regulated faculties, the determining facts or the general principles of law to connect constitutional applications with the administration.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo de titulación se propone un análisis de un tema controversial dentro del Derecho Administrativo como lo es “La potestad discrecional de la administración pública frente a los principios de legalidad y juridicidad en el sistema ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008”. Constituye una problemática actual, no superada y sobre el cual se han impartido diferentes criterios y puntos de vista, surgiendo con ello la problemática central respecto de los límites del ejercicio de la potestad discrecional.

Para ello, en el Capítulo I, se iniciará con una breve reseña histórica acerca de los modelos Estatales, tomando como punto de partida régimen absolutista, y el sistema jurídico vigente en cada uno de ellos con el fin de identificar clara mente la posición de la administración pública frente a la ley; se desarrollará sobre la noción de los principios de legalidad y juridicidad tomado en consideración las diferentes posiciones doctrinarias al respecto; para llegar a determinar el contenido y alcance de la juridicidad como alternativa al legalismo puro; para finalizar indicando cual es la posición de la administración pública frente a la ley y como se ejerce el control de sus actuaciones.

En el Capítulo II, se iniciará con una breve referencia a la administración pública en el Ecuador y cuáles son las potestades que la misma ostenta, tomando en cuenta que el fin del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es lograr seguridad jurídica y garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de las y los individuos se realiza un pequeño análisis jurisprudencial de la sala de lo contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia que en un inicio sostuvo que los actos discrecionales no eran susceptibles de control, para luego cambiar de criterio y aceptar que si son impugnables. Se hace referencia a la doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados haciendo una comparación con los actos administrativos discrecionales; se determinará el alcance de la libertad pública y la diferencia

que existe con la arbitrariedad con adecuación al ordenamiento jurídico y como ello podría llevar a la nulidad del acto administrativo; para finalizar e acápite, se desarrollará un análisis de los principales sistemas de control de la discrecionalidad, propuestos por la doctrina, reconocidos y adoptados en nuestro sistema jurídico.

En el capítulo III, me referiré al objetivo principal del mismo, que es determinar la juridicidad o legalidad desde un enfoque constitucional en el sistema ecuatoriano, haciendo hincapié en el bloque de legalidad ecuatoriano y la necesaria incorporación de los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos al margen de la Constitución, ello como medio para que se pueda aplicar en caso de insuficiencia o falta de ley, en especial dentro de la administración de justicia, tomando en consideración que la labor de los jueces del contencioso administrativo, es muy diferente a las demás jurisdicciones. Dentro de este acápite me referiré al principio del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos como vinculo al principio de legalidad conforme lo establece la constitución del 2008, como garantía del ciudadano al acceso a la justicia y a recibir una respuesta razonable y oportuna a las reclamaciones presentadas. Así, mismo se hace referencia al control judicial de la Discrecionalidad Administrativa en cuanto a los elementos reglados y los hechos determinantes; para finalizar con conclusiones generales.

CAPITULO I

PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

INTRODUCCIÓN:

Desde tiempos remotos, todo aquel que ostentaban algún tipo de poder público lo utilizaba como medio para ejercer coerción sobre sus súbditos o administrados, sin ningún tipo de regulación, límites y mucho menos control, dando lugar con ello, a Estados con sistemas jurídicos arbitrarios, inseguros, injustos que permitían las vulneraciones y atropellos a los derechos de sus ciudadanos. sin embargo, con el transcurso del tiempo, la constatación de la lucha de la humanidad contra el abuso y el desarrollo del Derecho, se dio paso a un Estado más justo y garantista, tomando en cuenta, que, para conseguir un desarrollo y cumplimiento de sus fines, necesitaba de un sistema jurídico disciplinario, capaz de regular el actuar de quienes ostentan sus poderes y protegiendo derechos de sus ciudadanos.

Sin embargo, en la actualidad el punto de controversia en el Derecho Administrativo torna en razón a los principios de legalidad, desde la perspectiva del positivismo puro “como elemento imprescindible de un Estado de Derecho, que impone a la administración pública la exigencia del cumplimiento de la ley y le otorga facultades de actuación, estableciendo límites.” (García de Enterría E. , 2001, pág. 46) y el principio de Juridicidad, como medios para dotar de legalidad y valides al actuar de la Administración, generado entre los mencionados principios una pugna desde un enfoque constitucional; cuya consecuencia directa es la resistencia de regulación de la potestad discrecional de la Administración Pública, debido a la errónea concepción de que la misma es contraria a la legalidad puesto que deviene de la valoración subjetiva de la autoridad.

Es por ello, que en el presente capítulo se analizara los principios en mención junto a los cambios paradigmáticos que se han desarrollado dentro de nuestro sistema, y, si es o no conveniente hablar de juridicidad como alternativa a ese legalismo puro imperante, teniendo como fin el fortalecimiento del régimen democrático en el Ecuador.

1. POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEY:

RESEÑA HISTÓRICA

La palabra administración proviene del latín “administrare” que quiere decir servir o gobernar; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española administrar significa Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. Mientras que el término público del latín “publicas” se refiere a todo lo que pertenece al Estado. Dromi, manifiesta que la administración pública debe ser analizada desde dos sentidos: por un lado, objetivo en relación al actuar de los órganos estatales tendiente a la consecución del bien común como fin del Estado, y otro subjetivo como una estructura orgánica. (Dromi R. , Derecho Administrativo, 1998)

Tomado en cuenta que la Administración pública, está conformada no solo por las funciones del Estado sino también por organismos, dependencias, funcionarios, servidores públicos, etc. Ya que es el medio a través del cual el Estado se interrelaciona con los individuos; estos deben de gozar de garantías que les permitan proteger sus derechos y en el caso de que sean vulnerados que se responda por ello a fin de evitar el abuso de poder y arbitrariedad que quienes ostentan poder. La administración pública ha de entenderse como toda actividad técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto cumplir con los fines del Estado que es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural.

A hora bien, el Estado, entendido como una sociedad civil jurídica y políticamente organizada, a lo largo del tiempo y desde su origen, ha ido evolucionando no solo en su concepto, sino también en la forma de organización; por lo que se puede dividir al mismo en tres categorías, mismas que a su vez ostentan subcategorías: 1. Estado Primitivo: se originan en la edad antigua entre los cuales están el Estado Egipcio, el Estado Griego y el Estado Romano; según la historia

aquí se origina la noción de Estado, basado en la sumisión, el poder, el monismo y la omnipotencia. 2. Estado Feudal surge en la Edad Media, cuya principal característica era la poliarquía ocasionada por la coexistencia y acción conjunta de diversos poderes, entre monarcas, parlamentos, señores feudales, la Iglesia, el Imperio, etc.

Lo que implicó que en dicha época la soberanía se encuentre fragmentada tanto política y socialmente, dando paso a una terrible crisis económica cuya consecuencia fue el surgimiento de un nuevo sistema económico, y de una nueva clase social conocida como la burguesía, clase social que a finales del siglo comenzaron a realizar cambios que repercutieron en el ámbito político, a fin de acabar con los poderes locales. 3. Estado Moderno, en el cual, el Estado constituye un territorio delimitado, con un gobierno común y un sentimiento de nacionalidad de sus habitantes, entre los modelos imperantes están el Absolutista, Estado de Derechos, Estado Social de Derechos, Estado Constitucional y por último el Estado Constitucional de Derechos y Justicia (modelo reconocido únicamente por el Ecuador.)

A partir del siglo XVI, la influencia del capitalismo y la naciente sociedad burguesa que pedían orden y seguridad para el intercambio comercial, da paso al llamado Estado absolutista; Matteucci (1998) en su obra Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno, describe al Estado absoluto como el monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad en el cual el Estado, personificado por el rey, es el único sujeto y el único protagonista de la política. (pág. 29) A pesar del despotismo, algunos autores sostienen, aunque suene ilógico, que es aquí donde surgen los primeros antecedentes a la limitación del poder, como muestra de ello se puede citar:

La Carta Magna suscrita por el Rey Juan sin tierra, los barones y los obispos feudales en 1215, en la que se establecía que ningún hombre podía ser arrestado sin la disposición expresa de una ley y que para cobrar impuestos era necesario obtener el consentimiento del rey. El documento

conocido como Petition of Rights en 1628, creado por el Sir. Edward Coke, en el cual se establecía el reconocimiento de los derechos y garantías para los súbditos, tomando como fundamento el Common Law, entre los cuales figuraba la necesidad de aprobación del parlamento para que el Rey pudiese imponer tributos, se reconocía garantías contra la privación de la libertad; el habeas corpus; el derecho a la defensa, etc. El “Bill of Rights,” de 1689, que contenía la declaración de derechos políticos y restricciones al poder; cuya pretensión fue ser reconocido como texto fundamental con las bases de la nueva Monarquía parlamentaria inglesa. Trevelyan (1975) en su obra titulada Revolución Inglesa 1688-1689, dice que en realidad fue la gloriosa Revolución Inglesa la que consagro por vez primera dicho principio, ya que es aquí que se prohibió que la ley pueda ser modificada por el rey, disponiendo que esta únicamente podía ser cambiada por el parlamento y adicionalmente estableció la independencia judicial para evitar que el rey destituya a los jueces que se niegan a cumplir con sus disposiciones. (págs. 125-126).

García Ramírez, sostiene que los aportes de estos importantes documentos de esta constituyeron una garantía sustancial de legalidad y adjetiva del debido proceso, en razón a la exigencia de una norma previa para la imposición de sanciones y tributos. (García S. , 2018). Claro considerando que para quienes era dirigidas estas normas y garantías, eran únicamente aquellos que suscribieron las cartas, ya que las autoridades ejercían sus funciones en contra de los administrados sin oposición, con absoluta discrecionalidad y sin responsabilidades, de allí la tendencia a la inmunidad en el ejercicio del poder.

A partir de la Revolución Francesa y la evolución al Estado De Derecho, surgen factores importantes que dan paso a un Estado más garantista y protector, como el nacimiento del Derecho Administrativo, el imperio de la ley, la división de poderes, y, el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos promulgado en la Constitución francesa de 1791, y que

a palabras de Alfonso Parejo (1984) se dio paso a la traslación de la soberanía, de manos del rey, a la nación, entendiendo que la misma, estaba conformada por los parlamentarios. (pág. 37) por lo que seguía vigente una especie de tiranía, pero ahora parlamentaria que estaba conformada por representantes de la sociedad burguesa.

Bajo cualquiera de las dos teorías, la principal consecuencia es la vinculación positiva de la administración pública, en razón de la cual, se enmarca sus funciones dentro del principio de legalidad, es decir, toda su actuación se ve vinculada a normas jurídicas, sin embargo, a partir del siglo XIX, se genera un cambio basado en la teoría de la vinculación negativa, según la cual la administración no se limita a aplicar la ley en forma estricta, sino que a su vez debe proteger intereses generales a fin de generar bien común, ello en base a la discrecionalidad. Es aquí donde surge la tercera transición, a partir de la segunda posguerra, cuando algunos Estados como Italia, Alemania y España, contemplan el paradigma del Estado de Derecho sometiendo al legislador a la ley, especialmente a la ley constitucional, dando paso con ello al Estado Constitucional de Derecho.

A partir de este punto, me voy referir de forma directa a la situación jurídica del Ecuador, que desde que se constituyó nació como Estado de Derecho, y a partir del ello ha ido evolucionando, con un apego ciego al legalismo puro en el cual las decisiones de los gobernantes carecían de validez, y lo único que podía validar el actuar de estos así como de los servidores públicos era la ley expresa; sin embargo, aun cuando se reconocía al Ecuador como un Estado Constitucional, terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tenían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que les diera. Por tal razón y con el fin de proteger, garantizar los derechos de los administrados y restringir el abuso de poder se crea la denominada Ley de Modernización del Estado mediante Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993 y cuya finalidad era

incrementar los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la administración y que entre otras cosas, reconocía el derecho de petición, el término que tenía la administración para proporcionar respuestas a los administrados, la obligación de motivar los actos emitidos por los servidores públicos, etc. (Actualmente esta ley no está en vigencia).

Con la promulgación en el 2008 de la nueva Constitución de la Republica que en el primer artículo reconoce al Ecuador como una Estado Constitucional de Derechos y Justicia, dado paso a un nuevo sistema jurídico regido por normas, principios, derechos, todo ello bajo la concepción de que la constitución aparte de ser la norma máxima, necesariamente debía contar con una serie de garantías para su plena validez, y es aquí, donde se da una transformación del Principio de Legalidad clásico, transición, que se da a partir de la llamada crisis de legalidad, en la que se empieza a considerar a la ley como insuficiente para regular el actuar del Estado, y fundamentándose en la teoría de la formación del Derecho por grados tomando protagonismo los principios generales, reglamentos y demás actos normativos.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ORIGEN Y POSICIONES DOCTRINARIAS.

En el Derecho Administrativo, así como en las demás ramas de derecho es indispensable la aplicación de principios, ya que como sostiene Gordillo (2000) ... el derecho se compone tanto de realidades como de valores y normas, *ya que, estos dan sentido a las normas jurídicas dentro de un ordenamiento.* Tomando en cuenta que los principios constituyen cimientos con una triple función, como criterio de interpretación, sustitutivo de lagunas normativas y medio idóneo para la unidad dentro de la pluralidad de los preceptos aplicables, *sin embargo, estos no son reglas de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo.* (págs. I-5)

En el campo del derecho administrativo, los principios obran como medios de garantía para los individuos, tendientes a impedir las arbitrariedades por parte del poder público y garantizar la

seguridad jurídica. Los principios fundamentales que conforman el derecho administrativo son el de legalidad, legalidad objetiva o juridicidad y debido proceso adjetivo, sin dejar de lado obviamente los de seguridad jurídica, celeridad, eficiencia, gratuidad, eficacia, buena fe, descentralización, publicidad, etc.

El termino legalidad proviene de los vocablos *legalis* o *legale* que indican todo aquello va conforme a la ley, entendiéndose a la misma como aquel precepto dictado por una autoridad competente, que permiten determinadas acciones, actos o circunstancias, y a su vez, prohíben otras que consideran contrarias al orden público. Ahora bien, dentro de la materia que nos compete, y bajo la idea de García de Enterría Y Fernández respecto a que la Administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano, al referirnos al principio de legalidad, se ha de entender, por ende, que la misma deba actuar sometida necesariamente a la ley.

De acuerdo a Gustavo Zagrebelsky, (1995) el principio de legalidad, implica la idea de la ley como acto normativo supremo al que no es oponible ningún derecho más fuerte. (pág. 24) Este principio surge bajo la idea de primacía de ley implantada como mecanismo idóneo para dar fin al régimen absolutista, siendo su único objetivo eliminar la arbitrariedad del poder público, mismo que quedó asentado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año de 1789, el cual sostenía en su Artículo 6, que la ley es la expresión de la voluntad general, inspirada en la declaración de independencia norteamericana del año de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII.

El principio de legalidad, tiene como base el positivismo puro cuyo máximo exponente fue Hans Kelsen, quien sostenían la idea de un derecho positivo y rechazaban en absoluto la idea del derecho natural, afirmando que los principios no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia, razón por la que se afirmaban que el objeto central de la ciencia del

derecho es la estructura lógica de la norma. Hans Kelsen (2007) en la obra teoría pura del Derecho 15ª edición, decía que cuando una norma proporcionaba paz y seguridad, podría hablarse del principio de legalidad, ya que este era el medio racional para lograrlo, toda vez que era el mecanismo para erradicar del derecho toda incertidumbre, azar y arbitrariedad; de esta forma manera que la administración se constituía como un mero aplicador de la ley. (pág. 83)

La manifestación fundamental del principio de legalidad administrativa se traduce en que la Administración pública solo es titular de las potestades atribuidas por norma legal. La Administración pública requiere para su actuación una habilitación legal previa por lo que, Sin embargo, frecuentemente se confunden el principio de legalidad con el apego ciego a la norma reglamentaria, lo que impide que se dé cumplimiento a los fines mismos del principio tales como el garantizar los derechos de los ciudadanos, puesto que los órganos del poder público solo podrán actuar dentro de las facultades que le son otorgadas por el texto legal.

3. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD: JURIDICIDAD COMO UNA ALTERNATIVA AL LEGALISMO PURO.

El termino juridicidad hace referencia al imperio del Derecho, mismo que en la actualidad, no está compuesto solo por normas, sino que al contrario se lo entiende como el conjunto de principios y valores que colocan al ser humano como centro y objeto de todo el estudio jurídico, esta teoría toma protagonismo a partir del siglo XX, a partir del cual se coloca a favor del administrado reglas positivizadas, pero también principios y valores tendientes a proteger sus derechos. Gran parte de la doctrina, sostienen que el principio de legalidad, ha evolucionado de manera que ahora se lo mira con mucha mayor amplitud, ya que si bien toda autoridad tiene como obligación motivar sus decisiones, ello como elemento esencial del derecho administrativo, ya no será a la ley en sentido estricto y textual, si no al Derecho, es decir, al

conjunto de preceptos normativos que incluyen leyes superiores, inferiores, supranacionales y estatales además de valores y principios, que, a pesar de no estar positivados, han sido fijados por la jurisprudencia o doctrina.

Es decir, el actuar de la administración se sujeta a la juridicidad de sus actos, con la finalidad de conseguir bien común y garantizar seguridad jurídica ya que el fenómeno de la juridicidad representa en esencia, la superación de la legalidad estricta. Si bien los términos juridicidad y legalidad parecen conducirnos a una misma línea, el control de la actuación estatal, hay que dejar claro que se trata de principios y términos particularmente distintos, ya que como hemos venido indicando el Principio de legalidad, fundamentado en la teoría del legalismo puro, implica el sometimiento estricto y ciego a la constitución y a ley. En cambio, el principio de juridicidad o legalidad objetiva, aboca un significado más amplio, de manera que la ley deja de considerarse como la máxima expresión de lo jurídico, y se toma en cuenta al derecho en su conjunto.

Superada la idea del positivismo jurídico y tras la crisis de legalidad, tomando como base el modelo norteamericano así como la teoría de la formación del derecho por grados de Kelsen, se da paso a la tesis neo y supra constitucional, según la cual se promulga la supremacía constitucional y se otorga un papel a los principios en los ordenamientos jurídicos, mismos que no necesariamente debe estar positivizadas en las normas jurídicas, a fin de alcanzar los cometidos del Estado y las actuaciones de la administración sea legítima.

Desde esta perspectiva la juridicidad se la entiende como la adecuación del principio de legalidad a una estructura compleja, que ya no identifica a la ley necesariamente con las reglas, sino también con principios y valores no positivados, llegando a la concepción del derecho como un todo sistémico que comprende toda la normativa tanto legal como reglamentaria. Por lo que las autoridades deberán sujetarse al derecho en su conjunto, según lo establece la

Constitución de la República del Ecuador en el art. 425 al indicar el orden jerárquico de aplicación de las normas... La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Marco Morales Tobar. (2011) sostiene que, en la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no sólo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, y han de tener presente al derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común. (pág. 35).

Hay que tomar en cuenta que no se destruye la idea de legalidad, sino que por el contrario se parte de la misma para que la administración pública con su actuar pueda cumplir sus fines debidamente, ya que la idea de un orden legal supra positivo se vincula de manera directa con la dignidad humana, generando protección y garantías a los derechos fundamentales. Por lo que la juridicidad se debe ser entendida como un mecanismo tendiente a la protección y garantía de los fines de Estado y derechos de los individuos, ello bajo la necesidad de ajustar los marcos jurídicos a un esquema de flexibilidad que permita adaptar las instituciones legales de acuerdo a los elementos que han sido reconocidos con fuerza normativa, con ello me refiero al control mismo de la juridicidad por parte del contencioso administrativo que mucho a dejado de que hablar y aún más la regulación constitucional como se verá ya más adelante.

4. LEGALIDAD O JURIDICIDAD DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

Recordemos que el principio de legalidad está vinculado al Estado de Derecho, en el cual el poder estaba sometido a las disposiciones legales y a partir del cual se marca una brecha en razón al derecho público y al derecho privado; en un inicio este principio era entendido desde la perspectiva del positivismo puro, ello como medio para combatir el abuso de poder y la arbitrariedad, con el paso del tiempo y la evolución del derecho se llegó al denominado Estado Constitucional a partir del cual no basta que las autoridades se sometan únicamente al texto literal de la ley, sino que se reconozca la supremacía de la constitución como cuerpo normativo.

El paradigma constitucional que hoy tenemos ha traído consigo la obligación de transformar y adecuar todo nuestro entramado jurídico en torno a la idea de la protección de los derechos humanos, y desde luego se hace necesaria una profunda reforma a las administraciones públicas. Teórica y doctrinariamente, el modelo constitucional se caracteriza por la existencia de un cuerpo normativo a más de la ley, y es el reconocimiento de una Constitución que define límites y subordina a los demás cuerpos normativos, pero que también reconoce principios y valores jurídicos, con el fin de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos.

Sin embargo, es necesario tener presente que, a pesar de la evolución Estatal, mediante la cual se pasó de un Estado de Derecho, cuya característica es el legalismo puro, a un Constitucional y Constitucional de derechos y justicia (Ecuador) no se ha dejado de lado el principio de legalidad, más bien se diría que existe un vínculo entre la Constitución y control. Tomando en cuenta que el fin de todo estado constitucional la consecución del bien común y garantizar la seguridad jurídica es conveniente referirse al principio de juridicidad como un medio evolutivo y más amplio del principio de legalidad. Es por ello que la doctrina sostiene que ambos principios actúen de forma conjunta, siendo el primero el género y el segundo la especie y que

mientras el uno limita el poder estatal el otro protege y garantiza los derechos de los individuos y así se incorpora junto al principio de legalidad el de juridicidad o constitucionalidad.

En el Estado Constitucional, todo acto administrativo debe sujetarse a una ley previa (principio de legalidad) pero esa ley, debe respetar e ir conforme a los postulados de la Constitución, ello conforme al orden jerárquico que en el caso de Ecuador está incorporado en el Art. 425 de la Constitución del 2008. Sin embargo, es menester reconocer que también la actual Constitución garantiza el sometimiento de los actos administrativos al ordenamiento jurídico; entendido al mismo como el conjunto de leyes, normativas, reglamentos, principios y valores, etc., y al reconocer al Ecuador como estado constitucional de derechos y justicia a su vez da paso a la vinculación con el principio de juridicidad, que sin embargo no está reconocido.

Antes de la promulgación de la constitución del 2008, estábamos bajo un sistema netamente legalista, razón por la cual incluso los cuerpos normativos de rango inferior reconocían y promulgaban el principio de legalidad, así pues el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Art 101, establecía la prevalencia del principio de legalidad; mismo que se mantuvo hasta ahora poco, pues a partir de la promulgación del nuevo Código Orgánico Administrativo en el cual se reconoce el principio de juridicidad como elemento necesario del acto administrativo, dejando una duda respecto a que pasa frente a la Constitución de la Republica, que regula la legalidad, este punto se desarrollará con mayor profundidad en el último capítulo del presente trabajo de titulación.

CONCLUSIONES:

El principio de legalidad surge en sentido puro a partir de la revolución liberal, en la cual con la búsqueda de poner fin a los abusos del Estado se dio lugar a que el actuar del mismo deba sujetarse a la ley como único medio de validez, sin embargo, con el pasar del tiempo, el desarrollo del derecho y la evolución de los Estados se llegó a configurar el llamado Estado Constitucional de Derechos y Justicia, dando paso a la idea de que los órganos Estatales deberán actuar, en consideración de la supremacía Constitucional y a la ley, por lo que se sujetan al Derecho en su conjunto lo que para la doctrina se llamó bloque de legalidad conformado por normas, principios, valores, jurisprudencia, etc.

Ello llevo a la imperante necesidad de los Estados a ajustar los marcos jurídicos a un nuevo esquema de flexibilidad tendiente a adaptar las instituciones legales una idea de respeto construida por normas, principios y valores jerarquizados, atendiendo a los derechos fundamentales del ser humano. Por lo que el fenómeno de la juridicidad representa en esencia, la superación de la legalidad estricta, una evolución del positivismo puro.

La juridicidad se la entiende como la adecuación del principio de legalidad a una estructura compleja, que ya no identifica a la ley necesariamente con las reglas, sino también con principios y valores no positivizados, llegando a la concepción del derecho como un todo sistémico que comprende toda la normativa tanto legal como reglamentaria, a partir del cual se da lugar al reconocimiento y respeto de los derechos humanos, pues esencialmente limita la actuación de la autoridad a efecto de evitar posibles abusos del poder que trastoquen la esfera jurídica de los gobernados.

La idea de lo supraconstitucional es el elemento clave para establecer una clara distinción entre legalidad y juridicidad, aunque más allá de ello, se deberá considerar a la misma como el resultado de un proceso evolutivo enfocado en el estudio y comprensión de la juridicidad

dogmática, entendida esta como la superación de la legalidad y cuyo postulado se centra en la idea de que los principios sean reconocidos y válidos por todo un conglomerado social, sin necesidad de que estén positivizadas en una norma jurídica.

La sujeción de la administración al derecho, bajo la idea de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, implica la subordinación a la Constitución y a la Ley en sentido general, de modo que estas son las que atribuyen las potestades para que ejerzan su poder sobre los administrados, tomando en cuenta siempre la finalidad que siempre es el beneficio al interés general, público o el llamado bien común; es bajo esta premisa que se presume la legalidad de todo acto y manifestación de la administración pública, es decir, se consideran que son legales, que se han dado dentro del margen jurídico de la Constitución de la República del Ecuador y demás leyes vigentes en el país.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art.226 establece: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.” Tomando en cuenta la vía positiva, indicada con anterioridad, no se podría ir más allá de lo que la constitución y la ley permiten, a fin de lograr seguridad jurídica. Sin embargo, si optamos por la vía negativa, ante la falta de texto legal que de soluciones a las determinadas situaciones que se presentan, se le concede a la administración ciertas potestades que les permita actuar fuera del marco legal sin que ello implique arbitrariedad por parte de la administración.

CAPITULO II

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

INTRODUCCIÓN:

Uno de los medios para la interrelación entre el Estado y los ciudadanos, es la ejecución de actividades por parte de la Administración Pública, misma que con el propósito de cumplir con los fines del Estado y lograr bien común, ejecuta actos mediante atribuciones, potestades o facultades que se le han conferido mediante la ley, sin embargo, al tratarse de un campo, un poco diverso, amplio y complejo, para la ley es imposible cubrirlo en su totalidad, razón por la cual hay ocasiones que el propio legislado le confiere ciertas facultades para actuar, mediante los llamados Conceptos Jurídicos Indeterminados.

Con el de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos y lograr seguridad jurídica la administración goza de potestades, tanto regladas cuanto discrecionales, que serán el objeto de estudio en el presente capítulo, la potestad discrecional, consiste en la posibilidad que tiene una autoridad para actuar bajo un criterio subjetivo y elegir de entre varias opciones la correcta para un determinado hecho. Lo que le difiere de la reglada puesto que dicha actuación se encuentra especificada textualmente por un cuerpo normativo.

Si bien, la potestad discrecional se la vincula con la expresión de libertad para elegir por parte de la autoridad, ya veremos cómo dicha expresión solo es utilizada en sentido figurado, ya que, la potestad como tal, es conferida por la ley, y que como indica García Trevijano, la diferencia entre ambos términos, se ve reflejada en razón al ámbito del derecho público, ya que mientras el ciudadano que actúa “libremente” puede hacer todo aquello que no está prohibido, la administración en goce de la potestad discrecional, solo puede hacer aquello que se le está

permitido. Por tanto, se trata de conceptos totalmente opuestos ya que “la libertad es un concepto anterior a cualquier actuación jurídica, mientras que la discrecionalidad es una valoración de una actuación jurídica”. (pág. 419)

Sin embargo, lo referente al control, alcance y límites de la discrecionalidad, se ha convertido en la problemática central del Derecho Administrativo, dando lugar a una interrogante común ¿Cuál es la diferencia entre la Arbitrariedad y la discrecionalidad, y de qué modo la administración justifica no está frente a un abuso de poder o arbitrariedad? Tomado en consideración que dicha potestad como se dijo en el capítulo anterior, se ve ligada al principio de vinculación negativa de la administración a la ley.

Para dar respuesta a dicha pregunta se analizará el principio de motivación que a su vez constituye medio de garantía para el debido proceso. la diferencia fundamental para no confundir una potestad otorgada por la ley, con un simple capricho o voluntad de autoridades cuyo fin solo conlleva intereses personales.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEY: POTESTADES

Existe una doble posición respecto de la vinculación de la administración a la ley, siendo así, la vinculación negativa y la vinculación positiva; la primera se funda en el planteamiento originario del principio de legalidad, según la administración podía hacer todo aquello que la ley no la prohibía, por lo que era meramente discrecional el actuar, es decir, la autoridad hacia uso pleno de su voluntad y criterio, criterio que se mantuvo vigente e imperante dentro del régimen absolutista y cambio a partir de la revolución francesa de 1789, a partir de la cual surge la segunda teoría de vinculación positiva, fundada en el pensamiento kelseniano, según el cual, no se podía admitir ningún poder jurídico que no fuese atribuido por una normativa precedente.

Esta última teoría, fue aceptada universalmente, razón por la cual, la administración se ve vinculada a la ley de manera que no habrá actos sin someterse a la ley, que con el pasar del tiempo y la aparición del Estado Constitucional, se lleva al sometimiento mismo del Derecho en su conjunto, como medio idóneo de protección y garantía de los ciudadanos, como decía Balbe, citado por García de Enterría; la conexión necesaria entre la administración y el derecho implica que, para que la acción administrativa sea válida, deberá de estar de acorde a lo que establece el ordenamiento jurídico vigente. (pág. 31)

Entendiendo que la administración pública es medio a través del cual el Estado se interrelaciona con los individuos, la misma a de actuar mediante atribuciones que se le han otro otorgado, García de Enterría, (2004) manifiestan que la atribución de potestades a la administración pública, se instaura en el principio de legalidad, ya que la legalidad atribuye potestades a la Administración, definiendo cuidadosamente sus límites, la apodera, y habilita para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. (pág. 35 a 55)

Marco Morales Tobar, (2011) manifiesta que las potestades de la administración nacen del poder, que es atribuido por el soberano a los distintos órganos de la administración y critica el criterio del autor anterior, al decir que las potestades son establecidas por la ley solo tiene un significado histórico (Estado de Derecho), ya que la Función Legislativa era hasta ese entonces el poder máximo y se pensaba que a través de las facultades que otorga la ley se atribuía potestades. Ahora se estima que las competencias son facultades, que la ley atribuye a los distintos órganos del poder público. (pág. 129) Lo que les faculta para ejercer actos necesarios, con el objetivo de lograr la consecución de fines de interés público.

Como se ha venido manifestado, entre las potestades que se le otorgan a la Administración, están las regladas y las discrecionales, Las regladas consisten en preceptos que en forma precisa y concreta determinan las facultades de la autoridad, frente a un determinado hecho o circunstancia, es decir, cuando y como debe actuar, sin que se dé lugar a una valoración subjetiva, como ejemplo de ello me permito citar lo que sucede frente a las liquidaciones tributarias o jubilares de los funcionarios públicos; en cambio, las discrecionales, el mismo marco legal otorga cierta libertad al órgano administrativo para actuar de una u otra forma, verbigracia, la autorización para pagar a plazo un crédito tributario, aquí, el contribuyente presenta la solicitud que reúna los requisitos previstos en la ley, aquí, la propia ley designa a una autoridad competente que conozca la solicitud, la forma que debe revestir la resolución y la finalidad que debe perseguir, pero deja en libertad de la autoridad para elegir entre conceder la autorización o no; teniendo en cuenta, claro, un principio fundamental como es el de motivación, que constituye un medio idóneo para no caer en la arbitrariedad, como se verá más adelante.

2. LA POTESTAD DISCRECIONAL: NOCIONES.

Han existido, diferentes corrientes y posturas respecto de la discrecionalidad a lo largo del tiempo, tomando en cuenta que al principio se constituía como una zona de la administración pública que estaba exenta de control o que el mismo era ejercido en menor medida frente a dicha potestad.

Para ello, es necesario citar a algunos autores que en sus palabras han tratado de definir a la discrecionalidad, así, Martín Bullinger, (1986), sostiene que la potestad discrecional constituye el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente determinada por una Ley ni puede ser totalmente revisada por un tribunal. (pág. 896) Para el autor, la razón de ser de la potestad discrecional de la administración se debe a que al contrario de lo que sucede frente a las potestades regladas la ley no regula la situación jurídica que se presenta, por lo que dota al órgano administrativo de un margen de libertad y de apreciación subjetiva para que esté conforme a su criterio tome las decisiones necesarias para resolver esa situación jurídica concreta.

Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo Económico, manifiesta que estamos ante una potestad discrecional cuando las normas jurídicas otorgan cierta libertad para elegir o hacer una determinada cosa de una manera u otra, atendiendo a una actividad de razón y buen juicio por parte de la Administración Pública. (1985, pág. 465) Según, Dromi la discrecionalidad constituye el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir para aplicar o no determinados lineamientos frente a un margen de decisión libre, dentro de los cuales se mueve la Administración según crea conveniente.

Por otro lado, el profesor mexicano Jean Claude Tron Petit, (2009) dice que no se trata de una potestad para elegir entre varias opciones diversas, ya que, solo existe una conclusión, que no

es evidente y debe descubrirse; por lo que la administración no goza de una libertad absoluta es decir, no está fuera del Derecho sino al contrario, es la misma norma y los principios generales del derecho que habilitan al órgano administrativo, para que actúe frente a determinadas situaciones. (Petit., 2009)

Ahora bien, respecto a la aplicación de la discrecionalidad frente a la ley (Principio de Legalidad), y, al derecho en su conjunto (Principio de Juridicidad), así como lo referente al control, a lo largo del tiempo se ha dado lugar a diferentes posturas o tesis, en la obra Derecho Administrativo, Tomo I, García de Enterría, manifiesta si bien los doctrinarios alemanes como, Otto Banchof, Hernam Reuss, Fritz Czermak, etc. consideran a la discrecionalidad como el ámbito de libertad de la administración, por lo que descartan la posibilidad de que la discrecionalidad opere frente al supuesto de hechos normativos y que por el contrario, es la indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas, lo que faculta a la administración a ejercer dicha potestad. ejemplo de ello, es cuando existen disposiciones normativas que no indican su aplicación obligatoria, lo que da lugar a que la administración adopte decisión discrecional para tomar una decisión frente al supuesto de hecho dado, valorando las consecuencias jurídicas que han de darse frente a la decisión que se llegare a adoptar.

García de Enterría, al contrario, sostiene que, la discrecionalidad administrativa solo opera frente a supuestos de hecho normativos imperfectos, mismos que generan discrecionalidad en la actuación de la administración pública debido a la inexistencia o imperfección del supuesto de hecho, que se debe ya a la falta, insuficiencia o ambigüedad de la norma vigente y aplicable en el ordenamiento jurídico, de ello que se conciba a la discrecionalidad como un habilitante para que la administración adopte una decisión ante una circunstancia dada. (pág. 446) Según esta teoría, no solo ha de tomarse en cuenta el supuesto de hecho, sino a fin de evitar llegar a la arbitrariedad y abuso de poder se ha de tener presente también la consecuencia jurídica que se ha de generar frente a la decisión tomada.

La noción de discrecionalidad se compone de las siguientes características; Consiste en una potestad administrativa, que no contraría al principio de legalidad, puesto que no es extra legal, sino todo lo contrario se origina de la ley misma, permite la valoración subjetiva de la autoridad, frente a situaciones concretas no reguladas, asistida de prudencia, sensatez y la reserva que la ley le otorga dentro de la esfera de su competencia. (Hernán Jaramillo Ordoñez, pág. 210) La adopción de una decisión por parte de la administración frente a una situación dada y no regulada normativamente, comprende dos operaciones consecutivas, por un lado, discrecional y por otro reglada. Considerando que no existe discrecionalidad es sentido puro, sino que, en todo acto existen elementos combinados, mismos que permiten su control.

En la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, sustituida por la actualmente vigente en nuestro sistema jurídico, sostenía que: “La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a uno o a algunos de los elementos del acto” (Resolución No. 199/02).

3. ALANCE Y LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD

Si bien, se concibe a la discrecionalidad como margen para optar entre diferentes conductas, siempre que, en la aplicación de una norma, se ha verificado la presencia de un caso no regulado por el supuesto de hecho normativo. Según, Hutchinson, a discrecionalidad puede ser de diferentes tipos como: la discrecionalidad de actuación, que es la que permite a la Administración actuar y no actuar, y, la discrecionalidad de elección, o sea poder decidir entre una consecuencia jurídica u otra. (2009, pág. 292).

Se ha venido diciendo que la potestad discrecional permite establecer un margen de apreciación a la autoridad, para que este realice una valoración frente a circunstancias dadas que debido a su amplitud no han podido ser reguladas por las normas vigentes dentro del

ordenamiento jurídico. Sin embargo, el grado de discrecionalidad que puede ejercer la administración, depende siempre de las facultades que le han sido otorgadas, por ejemplo, cuantas más atribuciones tiene, la ley otorga a la autoridad mayor libertad, misma que no es extra legal, y aun cuando la conducta no está determinada por normas legales, tiene como fin cumplir con el marco de la ley, por lo que, la autoridad ha de actuar sujetándose al procedimiento previsto y establecido en los cuerpos normativos vigentes, ya que su incumplimiento o inobservancia produce la nulidad del acto emitido.

Hay que dejar claro que la discrecionalidad que asiste a la administración pública, bajo ningún concepto puede ser confundida con libertad plena de actuar ni mucho menos con arbitrariedad, que como se desarrollara más adelante son áreas totalmente opuestas; es por ello que es necesario referirse a un trinomio: Alcance-Limite-Control, ello como muestra de la vinculación entre la administración, la ley y el Derecho. Rafael Martínez Morales, sostiene que la discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada y caprichosa de la Administración Pública, y que, se ve limitada por dos factores, por un lado, aquellos de carácter sustantivo que se refieren al respeto de los principios generales del Derecho, y por otro, un carácter formal que se refieren esencialmente a el ámbito de la competencia y el procedimiento, (pág. 267 y ss.) de modo que se vea encaminada a la consecución del bien común, y de seguridad jurídica.

Así pues, el ordenamiento jurídico establece algunas de las condiciones para su ejercicio, aun cuando remite la actuación a una valoración subjetiva de la Administración, sin embargo, no se encuentra libre para adoptar la decisión, sino a de sujetarse a límites y entre estos a las reglas y principios generales del Derecho se han identificado como los principales límites para la discrecionalidad administrativa, y que a palabras de García de Enterría, en su obra “La Lucha Contra Las Inmunidades del Poder” se diferencian frente a las facultades regladas, ya que por lo general son más relativos o elásticos. (pág. 24 y ss)

Entre los principios que limitan la discrecionalidad están: El principio de razonabilidad o control de los hechos determinantes que prohíbe que las autoridad pueda realizar actos arbitrarios o irrazonables; pues sus decisiones han de contener fundamentos de hecho o de derecho, y deberán contener proporción entre el medio empleado y el fin que se busca, entendiendo que mediante la motivación de acto, se puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder.

Frente a los principios de desviación de poder y buena fe se dio paso a que los actos discrecionales puedan ser sujetos de control judicial, al menos, en cuanto a la existencia y veracidad de los hechos. Ya veremos en el siguiente capítulo la incidencia en el Ecuador y los cambios normativos que se han generado en la actualidad, sobre el control de los actos discrecionales de la administración y la relación directa con los principios generales del Derecho.

4. ARBITRARIEDAD VS DISCRECIONALIDAD

La administración pública debe actuar a través de potestades y competencias otorgadas por un ordenamiento jurídico, dichas potestades y competencias, le permiten adoptar decisiones frente a situaciones que se presenten, de modo que la admiración puede crear, modificar o extinguir esas situaciones mediante actos; sin embargo, el mismo poder que gozan las autoridades puede dar lugar a abuso o desvío del mismo, generando así arbitrariedad, lo que muchas de las veces es confundida con la potestad discrecional que nada tienen en común y que al contrario constituyen conceptos totalmente antagónicos.

Para poder abordar el tema, es necesario comenzar por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que, a partir de este se puede distinguir entre la arbitrariedad, que según, al contrario, es todo proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Mientras que la discrecionalidad, ha de verse

como una facultad de la Administración para actuar de forma libre, bajo un criterio de subjetividad de la autoridad, cuando la ley les permite frente a situaciones que no han sido reglados por el ordenamiento jurídico.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrado, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, creado mediante decreto ejecutivo y publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre del 2002, en el art. 6, dice que El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

Dicho principio implica la prohibición y limitación que tiene la Administración Pública de actuar caprichosamente sin sujetarse a lo que disponen las normas. Por lo que el tratadista, David Blanquer dice que hay arbitrariedad cuando la Administración actúa de forma despótica o tiránica y la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; o el acto se dicta por pura y desnuda intuición, sin un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada. (Blanquer, pág. 1308)

A palabras de Tomás Fernández, se debe especialmente a dos razones fundamentales, por un lado, permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, pues, caso contrario el acto administrativo inmotivado, sería ante el mundo jurídico el producto de la sola y exclusiva voluntad de la autoridad; y por otro lado, en razón a la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de la defensa, a fin de que, el particular pueda hacer efectivo el derecho al debido proceso adjetivo. (pág. 82)

Si bien, la Constitución de la República del Ecuador, no contiene de forma expresa está el principio de interdicción de la arbitrariedad; creo que, el mismo se entiende incorporado tácitamente dentro de la estructura constitucional, al contener derechos y garantías tales como la motivación, legalidad, debido proceso y tutela judicial efectiva; cuyo fin en común es limitar la actuación arbitraria de las autoridades de la Administración Pública, contrarios a Derecho, sin perseguir los fines públicos ni sin respetar el procedimiento administrativo establecido.

Concluyendo que la discrecionalidad a de ejercerse dentro de los límites que la propia ley impone, pero así mismo, es necesario el ejercicio pleno del derecho de buena administración que ha de prevalecer durante todo el accionar administrativo, reconocido en el art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Humanos, y, que aun sin estar consagrada en la Convención Americana, en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 31 del Código Orgánico Administrativo, se regula el Derecho fundamental a la buena administración pública. Las personas son titulares del derecho a la buena administración; y en el art. 33 del mismo cuerpo normativo, se hace mención al Debido procedimiento administrativo y el art. 40, de la misma norma, sobre el deber de la administración de abstenerse de conductas abusivas misma que aparece cuando la conducta del administrado, causa daño a terceros o al interés general.

Así pues, la motivación constituye un requisito efectivo a fin de evitar caer en la arbitrariedad administrativa, ya que cuando las decisiones adoptadas por la administración no son fundadas en la certeza y la lógica, no se podría dar lugar a la seguridad jurídica. El nuevo Código Orgánico Admirativo, en el Art. 18... *Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.* sostiene que la motivación constituye un elemento

sustancial del contenido de los actos administrativos, cuya omisión o el incurrir en vicios sobre la misma ocasiona la nulidad absoluta de los actos administrativos.

5. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: TEORÍA ALEMANA

Con el fin teórico, de reducir la discrecionalidad, en Alemania surge una corriente doctrinaria relacionada a los Conceptos Jurídicos Indeterminados, según la cual, se debe admitir una sola solución justa, puesto que estos, constituyen una remisión legal y cuyo control no difiere en nada al que se ha de ejercer frente a la actividad reglada. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que los conceptos jurídicos pueden ser de dos tipos: determinados cuando delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, por ejemplo, la fijación de plazos para interponer recurso; o Indeterminados cuando la norma no impone límites bien precisados en su enunciado, pero intenta delimitar un supuesto concreto, ejemplo de ello al utilizar términos como “razonabilidad”, “interés público”, etc. (García de Enterría E. , 2001). La ventaja es que, en razón a la capacidad de abarcar situaciones, se consigue que las normas que los usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de lado su ratio, que es precisamente, expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley.

Esta tesis, acogida y defendida por García de Enterría, implicó un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, y tuvo acogida en distintos sistemas jurídicos latinoamericanos entre ellos el nuestro, reflejado en el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública (R.O. No. 686 de 18 de octubre de 2002), en la cual no se rechaza la existencia de la potestad discrecional, aunque si la reduzca significativamente y deja claro que, la diferencia con la potestad discrecional radica en que los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser interpretados de forma que se configuren en dos soluciones posibles ante un

hecho en concreto, ya que dentro de estos se trata de determinar de forma justa una sola alternativa, con la ayuda de la lógica jurídica, por lo cual dentro de este procedimiento intelectual que realiza la administración, se hace un lado la discrecionalidad.

Según el aporte de la doctrina alemana, y la teoría del margen de apreciación, en todo concepto jurídico indeterminado existe: a) Un núcleo fijo o zona de certeza; y, b) Una zona intermedia o de incertidumbre. El primero delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto. El segundo, marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, y que es más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados. (Muñoz Machado, 2004)

Entre los conceptos jurídicos indeterminados están aquellos que incorporan nociones de experiencia, es decir, se ventilan en la apreciación de los hechos la doctrina para estos pone el ejemplo de verificar si un edificio está en ruina o no. Y los que incorporan conceptos de valor, es decir, estos implican juicios de valor, bien sean técnicos por ejemplo el “impacto ambiental”, o políticos por ejemplo “interés público”, “utilidad pública”, etc. que a diferencia de la discrecionalidad, ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, intenta delimitar un supuesto concreto, admitiendo una solución justa en cada caso, mismo que se subsume a la ley misma por lo que se trata de una remisión, y ha de considerarse incluso como un proceso reglado, en el que no interfiere ninguna decisión voluntaria.

Algunos conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente. etc., la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración. (Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los actos de la

Administración Pública, 2002) el problema, frente a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, radica en que su vaguedad e imprecisión, lo que impide, apreciar si una determinada situación debe o no comprenderse dentro del marco que delimita el concepto jurídico indeterminado en cuestión.

CONCLUSIONES

El Estado tiene entre sus objetivos lograr bien común y seguridad jurídica para lo cual, todos los poderes públicos deben ser ejercidas conforme a los principios y normas constitucionales y legales, por lo que, no existe actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones.

La potestad discrecional no es una actuación al margen de la Ley pues sólo por mandato legal y dentro de los límites establecidos por la norma jurídica, pueden existir actuaciones discrecionales. por lo que, la arbitrariedad y la discrecionalidad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes.

La falta de motivación, el irrespeto al derecho vigente y al procedimiento administrativo en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, tienen rango constitucional y se constituyen en vicios de arbitrariedad, con lo cual se afecta la validez de ese acto administrativo emitido conforme a la voluntad o al capricho de la autoridad.

De igual forma sucede frente a los conceptos jurídicos indeterminados, teoría alemana que surgió a fin de limitar la discrecionalidad, así pues, mientras la discrecionalidad, consiste en una libertad de elección, bajo una valoración subjetiva de la autoridad, entre alternativas igualmente justas.

Los conceptos jurídicos indeterminados, se refieren a un caso de aplicación de la ley, ya que se trata de subsumir en una categoría legal determinadas circunstancias. Entonces mientras la

discrecionalidad permite un abanico de posibilidades igualmente justas para solucionar un problema, el concepto jurídico indeterminado permite una sola solución.

El principio de legalidad, se encuentra presente en todos los ámbitos de la administración y las potestades que esta goza, en nuestro caso, la función administrativa se mueve en un irrestricto apego al principio de legalidad, reconocido por la Constitución de la Republica de 2008, a fin de dar seguridad al ordenamiento jurídico y a los administrados. Y la discrecionalidad ha de entenderse entonces como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo los fines de Estado.

CAPITULO III

LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEGALIDAD O JURIDICIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

INTRODUCCIÓN.

Siempre la Administración en razón a las potestades y competencias que se le ha otorgado, ha ejecutado actos con el objetivo de cumplir con los fine del Estado, sin embargo, con la incorporación del constitucionalismo en Latinoamérica y en especial en Ecuador, para garantizar los derechos de los ciudadanos el Estado en su totalidad ha de sujetarse a un control, por lo que, en el Derecho Administrativo surgen nuevas fuentes normativas que entre otras cosas implican: jerarquía normativa, garantía de Derechos y seguridad jurídica. Por lo que se considera a la constitución como norma fundamental en la Administración pública.

Ecuador, dentro de su sistema jurídico, al ser proclamado como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, incorpora nuevas herramientas hermenéuticas, que implican, una transición de principios, que dentro del ámbito administrativo ha generado dos ámbitos complementarios, por un lado, referente a la garantía de derechos fundamentales y por otra legitimidad de las actuaciones. Sin embargo, el eje del problema en el Derecho Administrativo surge frente al control de los actos que se emiten según la potestad discrecional de la administración, y ello se debe a la falta de unanimidad en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales referentes a la posición de la discrecionalidad con relación a la ley y el derecho, que da como resultado una interrogante constante ¿Cómo sería un control efectivo a la actuación discrecional de la administración pública?

Considerando que la solución es innovar el ejercicio de la función administrativa y de la jurisdicción contencioso administrativa como una nueva visión del propio Derecho

Administrativo con herramientas hermenéuticas con origen constitucional y desarrollo jurisprudencial, lo que, a su vez, conlleva a la interrogante de ¿cómo pueden los jueces hacer un control judicial pleno de las actividades derivadas de la potestad discrecional de la administración? Desde la legalidad o juridicidad.

1. LEGALIDAD O JURIDICIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.

Con la implantación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, surge un cambio notorio dentro de la realidad jurídica del país, que, a más de la supremacía Constitucional, incorpora una tendencia hermenéutica de origen Constitucional y desarrollo jurisprudencial cuya consecuencia principal es la transición del principio de legalidad al de juridicidad que genera una combinación entre legitimidad formal y material, para obtener un sistema jurídico garantista. Ferrajoli en su obra Democracia y Garantismo, sostiene que existen dos principios fundamentales para ello, el principio de legalidad que combate la arbitrariedad y abuso de poder, y el principio de Juridicidad que judicializa los derechos. (pág. 9.17) Por lo que, deja claro, que la transición de un Estado de Derecho al Constitucional, no es, sino la combinación y modificación de postulados que dan lugar a una evolución en la cual, se reconoce, ejecuta y garantiza los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, Guastini, citado por García Jaramillo, en la obra “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico”, manifiesta que para que se pueda dar la constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, han de existir siete condiciones, mismas que podemos reconocer dentro de nuestra última Constitución promulgada en el 2008, que son: a) Rigidez del cuerpo normativo, b) Garantía jurisdiccional de la constitución, c) Fuerza vinculante de la norma, d) sobre interpretación, e) aplicación directa de las normas, f) interpretación legalista, g) la influencia en las relaciones políticas. (García Jaramillo, págs. 131-166)

Desde este punto, el Derecho Administrativo, se ha visto obligado a incorporar cambios estructurales que sustenten la legitimidad de la actuación administrativa, dejando de lado al

positivismo puro y tomado como eje central al ser humano, sin que ello conlleve a suplantar la ley, sino que como se ha venido afirmando, se incorpore un bloque de legalidad que permita una administración eficiente y garantista.

En el Ecuador, con la expedición del nuevo Código Orgánico Administrativo se reconoce la textualmente la existencia del Principio de Juridicidad, según el Art. 18: Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad. Es decir, que, desde ahora, a más que la aplicación del principio de legalidad, se deberá aplicar el principio de juridicidad, es decir que se ha de aplicar los principios y garantías que salvaguarden los derechos de los administrados cuando se dicte un acto administrativo sea reglado o discrecional, por lo que se magnifica el Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República, que indica: Art.- 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Sin embargo, dicha norma de rango inferior contradice al art. 427 de la Constitución de la República, que dispone que las normas constitucionales deban interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Carta Magna en su integralidad y en caso duda, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. Lo que ha dado lugar a la duda sobre la constitucionalidad de la norma de rango inferior, sin embargo, Gustavo

Penado citando a Schmidt, frente a situaciones similares ha dicho que, lo que hace falta en el Derecho Administrativo moderno es una nueva piel, con técnicas e instrumentos que permitan aplicar la nueva hermenéutica del constitucionalismo moderno. (Bases Jurídico Políticas del Derecho administrativo, pág. 429) Dejando de lado el esquema tradicional del Derecho y colocando a la Constitución como centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico; pero, basada principios y directrices con el fin de salvaguardar las garantías fundamentales y limiten las actuaciones arbitrarias por parte del poder público.

El principio de aplicación directa de la Constitución en sede administrativa tiene como marco el principio de juridicidad; de manera que, ante la generación de un conflicto normativo en sede administrativa, se deberá resolverlo por el criterio de orden jerárquico de aplicación normativa de acuerdo al artículo 425 de la Carta Magna:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República, 2008)

Por tal razón, Jaime Cárdenas Gracia, dice que la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso; la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento deben verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino otro heterogéneo en donde los sentidos y

significados de la Constitución son plurales y en ocasiones, difícilmente compatibles.
(Cardenas, pág. 45)

Es así, que no solo es necesario la existencia de normas jurídicas y el apego a las mismas por parte de la administración, sino, además se requiere de normas que permitan garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, entendiéndose al mismo como el cumplimiento del ordenamiento jurídico en su totalidad, es decir, del derecho en su conjunto.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O JURIDICIDAD Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LA NORMATIVA ECUATORIANA.

El principio de Legalidad es uno de los principios fundamentales del Derecho Administrativo según el cual, las actuaciones de las autoridades públicas deben estar conforme a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos. Así lo determina el art 226 de la Constitución al decir que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (Constitución de la República, 2008) Por lo que, no es forzoso inferir que del respeto al principio de legalidad se constituya el presupuesto de la vigencia de los principios del debido proceso y seguridad jurídica.

El Art. 22 del Código Orgánico Admirativo sostiene que ... La administración pública actuará bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en

los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada. (Código Orgánico Administrativo, 2018)

Por lo que, deja claro que el principio de seguridad jurídica, más que nada será un reto que le obligue a la administración a actuar bajo la ley, para evitar que los administrados interpongan algún recurso o impugnen actos que vulneren derechos constitucionales. Además, considerando que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, también se debe ligar otros principios garantes fundamentales para el debido proceso como es el principio de responsabilidad de la Administración Pública, consagrado en Art. 233. de la Constitución, y art. 31 del Código Orgánico Administrativo, según el cual ningún servidor público podrá estar exento de responsabilidades por los actos realizados, ya que, dentro de un Estado de Derechos y Justicia, cuyo fin es un desarrollo armónico de los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas, resulta indispensable que se hagan efectivas determinadas garantías que otorguen la necesaria seguridad jurídica.

La obligación de la administración de tomar decisiones razonadas y motivadas, se debe a que la motivación es una garantía constitucional para el debido proceso, y resguardo del Principio de Seguridad Jurídica. El artículo 769 de la Carta Magna, dispone que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”. (Constitución de la República, 2008) El debido proceso, en tal sentido en la sentencia No. 007-11-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 10 de noviembre de 2011. De la Corte constitucional conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones que permite tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar el ejercicio del derecho a la defensa, siendo así, el “axioma madre”, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que se deban tutelar. Por lo que el respeto y

cumplimiento del debido proceso, es un parámetro para determinar la validez constitucional de los actos administrativos emitidos por las autoridades.

La emisión de actos administrativos conformes al principio de legalidad, respetando el debido proceso y motivados correctamente a más de generar una tutela judicial efectiva, garantiza el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 y 76 numeral 1, de la Constitución de la República, que no es, sino la certeza que tienen los ciudadanos de que lo dispuesto en las normas jurídicas se cumplirá a correctamente.

3. CONTROL A LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL EN EL SISTEMA ECUATORIANO.

Como sostiene García de Enterría, las potestades y poderes otorgados a la administración no son abstractos, ni mucho menos utilizables para cualquier finalidad, al contrario, son poderes funcionales que se otorgan para fines específicos, cuyo alejamiento ciega el fuente de su legitimidad. (pág. 494) Por lo que, toda actuación administrativa, reglada o discrecional, se presenta como ejercicio de un poder atribuido por el ordenamiento jurídico vigente, para cumplir con un fin público. El problema, se ubica frente a las actuaciones de carácter discrecional y el control que ha de ejercerse sobre las mismas, a sabiendas de que históricamente, dicha potestad ha estado exenta de control alguno y ha sido utilizada como medio para el abuso de poder y arbitrariedad por parte de las autoridades, razón por la cual, García de Enterría citando a Huber, dice que el poder discrecional constituye el verdadero caballo de Troya en el Derecho Administrativo. (pág. 408)

En un breve recorrido por la historia, recordemos que la actividad administrativa en un inicio no estaba sujeta si no a la ley natural, y que en palabras de García de Enterría “La Administración, funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto

por normas generales como por escritos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes.” (García de Enterría, pág. 76 y ss.)

Los antecedentes más remotos de la sumisión de la autoridad a la ley, la efectiva limitación de los poderes del Estado y el control legal de la administración pública, deben direccionarse a la Revolución Francesa, cuando el Consejo de Estado Francés, crea un recurso llamado “exceso de poder” e impone un límite a la administración, permitiendo que sus actos puedan ser impugnados siempre que fuesen emitidos por órganos no competentes y los aportes de la Revolución Norteamericana, con la doctrina del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Dando como resultado la necesidad de crear un órgano especializado de control, por lo que se crea Contencioso Administrativo para controlar desde la misma administración sus actuaciones, pero a su vez, permite llegar a otras instancias.

A pesar de que en el año 2002 se promulgó en Ecuador en el registro oficial número 686, el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública, estableciendo que los actos discrecionales de la administración pueden ser objeto de impugnación en vía administrativa y judicial, tomando como referente las posiciones doctrinarias que niegan la posibilidad de actos netamente discrecionales, pues estos han de contener elementos reglados, sobre los cuales recae el control. El Art. 6, literal a; de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, apartaba de la jurisdicción contencioso administrativa, las cuestiones que “por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración. “reconoce que se puede impugnar todo acto administrativo, incluyendo a aquellos de carácter discrecional, para Juan Carlos Benalcázar Guerrón: “La vetusta Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, estaba totalmente retrasada respecto de la doctrina moderna del proceso contencioso administrativo, la cual propugna un sistema procesal que gire en torno a

postulados de control integral y efectivo de la Administración Pública, de tal forma que haga vigentes, en un todo armónico, las reglas fundamentales de una recta y buena administración: juridicidad, eficacia y eficiencia”. (Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, pág. 85)

El texto constitucional al referirse a “actos administrativos”, engloba toda la actuación administrativa, sea bajo potestades regladas o discrecionales, es decir, todas las declaraciones intelectuales de alcance individual o general siempre que generen efectos. En el actual Código Orgánico Administrativo, el art. 20 prevé la posibilidad de impugnación de todos los actos administrativos.

Art. 20.- Principio de control. Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control. Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo. Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos. (Código Orgánico Administrativo, 2018)

Para Agustín Gordillo, “el acto administrativo al producir efectos jurídicos respecto del administrado debe tener la posibilidad de ser impugnado tanto respecto de los actos de gravamen como de aquellos favorables o ampliatorios de derechos.” (Gordillo, 2000) Es por tal razón que la Constitución, aun cuando no se expresa textualmente, en el Art, 226 determina la obligatoriedad de control a la Administración pública.

En el sistema ecuatoriano, el control de la actuación administrativa puede ser de dos tipos: el control de legalidad, mismo que se puede realizar en sede administrativa, o, en sede judicial, ello se encuentra regulado por la propia Constitución de la República. El control de legalidad,

comprende la verificación de la legitimidad de los actos, bajo pena de extinción del mismo como lo establece el Código Orgánico Administrativo en el art. 103, numeral 1.

Art. 103 - Causas de extinción del acto administrativo. El acto administrativo se extingue por:
1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad... (Código Orgánico Administrativo, 2018). Entendiendo que la legitimidad, es la correcta observancia de la ley en la emisión del acto, y sin dejar de lado la acción de lesividad que constituye también un medio de control de legalidad de los actos administrativos.

Es importante indicar que a partir de la evolución del principio de legalidad a principio de juridicidad se puede también hablar de un *control de Constitucionalidad o Juridicidad Administrativa*, dicho control tiene por objeto fiscalizar el actuar administrativo mediante el llamado bloque de legalidad. el control se ejerce mediante la Corte Constitucional.

En el control de legalidad, por vía administrativa, las impugnaciones de los actos se realizan mediante recursos, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, sostienen que “los recursos administrativos son actos del administrado mediante los que éste pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico” (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 510), por otro lado, el Código Orgánico Administrativo, concede a favor de los administrados, los recursos de apelación y el extraordinario de revisión, frente a actos que causen estado en vía administrativa (ejecutoriados), y que vulneren sus derechos.

4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: (ZONAS)

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, función como mecanismo de control, a fin de evitar que las actuaciones provenientes de la administración sean arbitrarias, y a la vez garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos del ciudadano, derecho reconocido por la actual Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 75, mismo que de manera textual señala que: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”* (Constitución de la República, 2008) Así mismo, la norma en mención en el Art. 173 indica que *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”* (Constitución de la República, 2008) Quedando claro entonces que todo acto que provenga de la Administración, puede estar sujeto a control tanto en vía administrativa como en la judicial, en razón a los elementos reglados que los componen, teoría que se ha explicado con anterioridad al dejar claro que no existe la llamada discrecionalidad pura.

El Código Orgánico de la Función Judicial, establece que entre las atribuciones que tiene el Contencioso Administrativo, están: Conocer todo tipo de controversias que se suscitan entre los particulares y la Administración pública por violación de normas legales o de derechos individuales. Y, controlar la legalidad de actos y hechos, ojo que aquí se ha de hacer un análisis respecto al llamado test de legalidad y las zonas a las cuales los jueces han de considerar antes de emitir sentencias, de modo que ejerzan un pleno ejercicio de sus funciones y por ende otorguen seguridad jurídica y garanticen la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Código Orgánico Administrativo, en las Disposiciones Reformatorias, incluye otras atribuciones para

el Contencioso Administrativo, como la resolución de conflictos de competencia entre órganos administrativos ante la falta de un órgano superior que los dirima; sobre la responsabilidad objetiva del Estado; controversias en materia de contratación pública; etc.

La obligatoriedad de ejercer control de legalidad sobre los actos administrativos nace primordialmente del artículo 226 de la Constitución, ... *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.* (Constitución de la República, 2008) La potestad discrecional de la administración no se aleja en absoluto del principio de legalidad, pues, al contrario, es justamente la ley quien concede dicha facultad a fin de lograr los fines de Estado. El doctrinario, Francisco González Navarro manifiesta que el control de aquellos actos recae en los elementos reglados que lo conforman, y que son de dos tipos: necesarios y contingentes.

Dentro de los elementos necesarios se refiere a la existencia misma de la potestad; su extensión, que es imposible que sea totalmente indeterminada; a la atribución de la potestad a una organización; atribución de la competencia para ejercer esa potestad a un determinado órgano de la administración y que el fin perseguido sea de interés general. En cuanto a los elementos reglados contingentes, hace referencia al tiempo u ocasión en que puede ser ejercitada, el lugar, forma, destinatarios de la potestad, etc. (González Navarro, 1997, pág. 436)

El control que realiza el contencioso administrativo, es exclusivamente un control de legalidad, más no de oportunidad, utilidad o conveniencia, lo que nos hace deducir que es el mismo ordenamiento jurídico el que orilla al juez para que sea un mero aplicador de la ley; se ha dejado de lado la valoración de la pertinencia del acto emitido por la autoridad, mismo que se debe a la conveniencia pública, para posteriormente observarse la legitimidad que no ha de ir solo conforme a derecho, sino al hecho y al objeto del acto administrativo.

Según Dromi, (1987), “El principio de la legalidad opera en el quehacer de la Administración pública, imponiendo una determinada modalidad de obrar, ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia.” (pág. 71) Sin embargo, la legitimidad no solo opera frente lo reglado, sino que también ante los actos discrecionales, razón por la cual se ha dicho ya que el primer límite de la potestad discrecional es la propia ley.

En consideración a ello, a los operadores de justicia les corresponde ajustarse a una estructura de valoración o análisis que, según la doctrina alemana permite un control de legalidad de la actuación administrativa pleno, mismo que ha de sujetarse al llamado test de legalidad compuesto por tres zonas: la de certeza positiva o núcleo fijo, que se compone por lineamientos previos claros y concisos; una zona de certeza negativa, que a diferencia de la anterior es excluyente, es decir, que no se aplica para el caso concreto; y, la zona de penumbra, incertidumbre o halo conceptual, que le permite al juez hacer interpretaciones y valoraciones del hecho en cuestión, para adoptar una apreciación adecuada, que a su vez sea justa.

Ricardo Antonio Mena Guerra, en la Resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el proceso de amparo ref. 229-2000, ha manifestado que: ...en reiteradas ocasiones se ha establecido en cuanto que la acción

Contencioso Administrativa no se configura como un recurso, por lo que la Sala no es una instancia revisora de los procedimientos ventilados en sede administrativa, sino que se trata de un tribunal jurisdiccional ante el cual se ventila un proceso autónomo, cuyo control se circunscribe a la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados. (p. 189) Es decir, se trata de un verdadero proceso judicial destinado a verificar la legalidad de las actuaciones de la administración.

CONCLUSIONES:

El principio de legalidad administrativa supone la necesidad de una norma habilitante previa a la actuación administrativa, pero, no implica un mero sometimiento de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico.

La norma jurídica previa debe ser general, pero a su vez necesita de garantías que le permitan proteger los derechos fundamentales y generar seguridad jurídica, tomando en cuenta que, desde una perspectiva amplia, el principio de legalidad no supone una reserva de ley.

A pesar de la presunción de legalidad que goza todo acto que provenga de la administración pública, quienes ejecuten los actos se ven en la obligación de verificar que los mismos sean compatibles con la Constitución.

La obligación de la administración de tomar decisiones razonadas y motivadas, se debe a que la motivación es una garantía constitucional para el debido proceso, y resguardo del Principio de Seguridad Jurídica.

En el régimen jurídico ecuatoriano, el control a los actos de la administración pública puede ser de dos tipos: control de constitucionalidad y el control de legalidad, mismos, que se diferencian puesto que el primero se presenta cuando inconsistencia con un precepto constitucional; y el segundo cuando existe inconsistencia en relación con un precepto legal.

El control de legalidad se realiza sede administrativa, donde es la propia administración la que ejerce el control, ante reclamos, recursos, solicitudes, peticiones, etc. interpuestos por los administrados; o, en sede judicial, mediante acciones presentadas frente a Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que, en otras palabras, logra que la administración se someta al Derecho de manera eficaz.

CONCLUSIONES GENERALES:

La discrecionalidad, desde el Derecho Administrativo, no es, sino una facultad que tienen todos aquellos que ostenten un poder público, sea persona natural o jurídica, para actuar frente a determinadas situaciones sin necesidad de estar sujeta a una ley, permitiéndole a la autoridad elegir, bajo una valoración subjetiva, entre dos o más alternativas igualmente justas, a fin de lograr por un lado bien común y por otro la protección de derechos fundamentales.

Con la transición al Estado Constitucional de Derechos y Justicia paulatinamente se ha ido abandonado la arcaica tesis de la inmunidad en el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública que dio como resultado un sin número de atropellos de derechos e injusticias por parte de quienes ostentaban el poder. Y a su vez, se dio paso a la transición de principios, de legalidad hacia el de juridicidad, a partir del cual, las actuaciones administrativas no pueden motivarse únicamente en la norma positiva, sino que es necesario también la incorporación de una posición crítica de los entes judiciales, como fin y medio para lograr una tutela efectiva según la línea constitucional.

Es así, que el principio rector del Derecho Administrativo, no puede ser otro que el de juridicidad, a partir del cual, toda actuación de la Administración Pública deberá sujetarse a el ordenamiento jurídico en su conjunto y a todas las fuentes de Derecho, permitiendo un ejercicio racional por la admiración de las potestades y competencias que se le ha otorgado.

En la Constitución de la República, el principio de Juridicidad expresado en el Art. 266 dispone que, todo actuar de la administración ha de sujetarse a lo que diga la Constitución como norma suprema y la ley, de forma que se limita el poder de la administración, a través de la tutela efectiva de derechos.

El control a los elementos reglados de los actos discrecionales junto al principio de razonabilidad y los conceptos jurídicos indeterminados, permiten conectar a las aplicaciones constitucionales con las actuaciones administrativas, a fin de cumplir con el principio de juridicidad, mismo que liga a la administración con el Derecho.

El nuevo Código Orgánico Administrativo, reconoce la potestad discrecional de la Administración, pero a su vez, también reconoce que la misma tiene limitaciones que le dan paso al juzgado a tomar control, en sus preceptos normativos, impera el principio de juridicidad según el cual se deja al positivismo puro de un lado y al contrario como se da paso al llamado bloque de legalidad que ve al derecho en su conjunto comprendido no solo por la norma en sentido literal. Sin embargo, el problema se da frente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que requiere de una reforma tanto sustancial como procesal, de forma que se adecue a los postulados garantistas de la Constitución de la República del 2008, ya que la misma únicamente se fundamenta en el principio de legalidad en sentido estricto, para dilucidar la legalidad de la actuación o a eficacia jurídica de los actos.

La innovación a la que debe sujetarse la Jurisdicción Contenciosa Administrativa debe estar enfocada en tres ámbitos; a un control jurisdiccional de los actos administrativos, a una interpretación constitucional y esencialmente a una complementariedad con la jurisdicción constitucional; considerando la superioridad de la Constitución, es necesario, un control ya no solo de legalidad, sino de juridicidad, es decir, frente a todas las fuentes del Derecho y no solo a la ley. A fin de obtener legitimación formal y material en las actuaciones de la administración.

Para finalizar y solo como una opinión personal considero que el problema inicia en las aulas universitarias, donde lastimosamente nos brindan una formación meramente legalista, poco reflexiva y bastante cómoda, la técnica de control administrativa debe ir encaminada mediante

un conjunto de normas o reglas, tomando en consideración la competencia, la motivación, la comprobación, la calificación, la elección y finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Barnes Vázquez, J. (2014). *Las Transformaciones Del Derecho Administrativo Contemporaneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Benalcázar Guerrón, J. C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Fundación Andrad & Asociados .
- Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CONSTITUCIÓN 2008, Montecristi-Ecuador.
- Cardenas, J. (2006). *Diez tesis sobre nuestro ataso juridico en neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. México DF: Limusa.
- Clavero Arévalo, M. (1992). *Estudios del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Dromi. (1985). *Derecho Adminitrativo Económico*. Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Argentina: Ciencia Y Cultura, Séptima Edición.
- Dromi, R. (10 de Octubre de 2018). *Wikispaces*. Obtenido de https://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/TRATADO_DE_DERECH_O_ADMINISTRATIVO_-_ROBERTO_DROMI.pdf
- Fernández Ramón, T. (1994). *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Grantismo*. Madrid: Trotta S.A.
- García de Enterría. (2004). *Democracia Jueces y Control de la Administración, IV edición*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría. (2004). *La Lucha Contra Las Inmunidades del Poder*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría. (s.f.). *Democracia, Jueces y Control de la Administración* . Madrid : Civitas.
- García de Enterría, E. (2001). *Curso de Derecho Adminitrativo, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- García Jaramillo, L. (2016). *De la Constitucionalización a la Convencionalización del Ordenamiento Jurídico*. Revista Derecho del estado.
- García, S. (24 de 9 de 2018). *Boletín Mexicano de Derecho Comaprado*. Obtenido de UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/art/art2.htm>
- García, T. (1947). *Tratado de Derecho Administrativo, I,*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- George, T. (1975). *La Revolución Inglesa 1688-1689*. La Habana: Ciencias Sociales.
- González Navarro, F. (1997). *Derecho Admnitrativo Español*. Pamplona: Universidad de Navarra S.A.
- Gordillo, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hernán Jaramillo Ordoñez. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Universidad de Loja.
- Hutchinson, T. (2009). *derecho Procesal Administratvo, Tomo I*. Santa Fe: Clzoni.
- Kelsen, H. (2007). *Teoría Pura del Derecho, 15a edición*. Porrúa .

- Martín Bullinger. (1986). *La Discrecionalidad de la Administración Pública, Funciones, Control Judicial*. Madrid: La Ley.
- Matteucci. (1998). *Organización del Poder: Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Editorial Trotta.
- Morales Tobar. (2011). *Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Muñoz Machado, S. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*. Madrid: Civitas.
- Nicola, M. (s.f.). *Organización del poder y libertad*.
- Noguerón, P. (s.f.). *El Concepto Jurídico Contencioso Administrativo como medio para impartir justicia en el derecho*. México: UNAM.
- Parejo, A. L. (1984). *El Concepto de Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Penagos, G. (2009). *Bases Jurídico Políticas del Derecho administrativo*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Petit., T. (2009). El Control de la Discrecionalidad en sede jurisdiccional. *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, 15 y ss.
- Rafael Martínez Morales. (2004). *Derecho Administrativo*. Oxford: Colección de Textos Jurídicos.
- Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los actos de la Administración Pública (Registro Oficial No. 686 18 de OCTUBRE de 2002).
- Resolución No. 199/02 (Registro Oficial No. 645 21 de Agosto de 2002).
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Cuarta Edición*, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A., 2010
- Zagrebel'sky, G. (1995). *Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.